

## **220-30782**

### **Ref: Justificación de reservas ocasionales.**

Aviso recibo de su comunicación radicada con el número 263.199-0, mediante la eleva la siguiente consulta:

Ante la preceptiva contenida en el artículo 154 del Código de Comercio, respecto de la obligación de justificar ante la Superintendencia de Sociedades, las reservas que los asociados consideren necesarias o convenientes

1o.)- En qué eventos es necesario realizar dicha justificación ?

2o.)- Cuál es el trámite a seguir y en qué tiempo o momento deberá presentarse ?

Para responder sus interrogantes se hacen las siguientes precisiones :

Definición : Artículo 87 del Decreto 2649 de 1993 :

Artículo 87 del Decreto 2649 de 1993 :

"Las reservas o fondos patrimoniales representan recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales."

De la definición legal se destaca la existencia de tres clases de reservas a saber :

a). Reserva legal :

La reserva legal tiene su origen en la ley que la crea para proteger el patrimonio social en general y por ello está destinada a enjugar las pérdidas de los ejercicios siguientes, si las reservas constituidas para tal fin no son suficientes

Consiste en una apropiación del 10% de las utilidades líquidas hasta completar el 50% del capital suscrito, para las sociedades anónimas (artículo 452 del Código de Comercio) y en comanditas por acciones (artículo 350 ibídem) o del capital social, para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 371 del Estatuto Mercantil) y sucursales de sociedades extranjeras (artículo 476 obra citada). Este porcentaje debe ser imputado a la reserva legal antes de la distribución de utilidades.

2o.)- Reserva estatutaria :

Como su nombre lo indica, se trata de la reserva establecida en los estatutos sociales, la cual es obligatoria hasta tanto se suprima de los mismos, mediante la reforma correspondiente.

3o.)- Reserva ocasional :

Siempre, las reservas ocasionales deben estar justificadas para que sean creadas y aprobadas por el máximo órgano social.

Se requiere la aprobación de dicho órgano social, por cuanto al destinar parte de las utilidades a la reserva ocasional, los socios están renunciando, parcial o totalmente, a las utilidades que les corresponden a cada uno, en favor de la sociedad, con el fin de que ésta obtenga recursos o liquidez para desarrollar los proyectos que se ha propuesto y así no necesita acudir a terceros en busca de recursos o financiación.

Será obligatoria únicamente para el ejercicio en el cual fue aprobada (artículo 453 inciso 2o. ibídem) y permanece inmodificable hasta que el mismo órgano social le cambie su destinación.

La justificación de la reserva ocasional ante esta Entidad, es una exigencia legal contenida en el artículo 154 del Código de Comercio que a la letra dice :

"Además de las reservas establecidas por la ley o los estatutos, los asociados podrán hacer las que consideren necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley y que hayan sido justificadas ante la Superintendencia de Sociedades."

Sobre este tópico, el Despacho se pronunció en oficio 220-28308 del pasado 29 de mayo, cuyas partes pertinentes me permito transcribir. "... había expresado en su oportunidad esta entidad que la medida impuesta por el legislador de demostrar ante la misma la necesidad de crear en un momento dado dichas reservas, respondía a la urgencia de evitar en cierta forma la práctica de no repartir utilidades, con el pretexto de llevarlas a reservas que no eran ciertamente indispensables, en detrimento de los socios, especialmente de los minoritarios.

Igualmente en relación con la oportunidad para enviar los estudios justificativos en esos eventos, la Superintendencia consideró que la remisión correspondiente habría de hacerse dentro del plazo señalado por el artículo 448 del Código de Comercio, aplicable a todas las sociedades vigiladas, el cual exigía que dentro de los treinta días hábiles siguientes a la reunión celebrada por la asamblea general de accionistas o la junta de socios, el representante legal de la sociedad debería remitir a la Superintendencia copia del balance, según el formulario oficial así como de los anexos justificativos, entre ellos el proyecto de distribución de utilidades repartibles, acompañados del acta de la reunión en que se hubieren aprobado, documento éstos que obviamente la Entidad sistemáticamente sometía a estudio.

Sin embargo, con motivo del Decreto 2155 de 1992 a través del cual se reestructuró la Superintendencia y se suprimieron algunas de sus funciones, la entidad profirió la Circular Externa No. 001 de 1993, y en ella precisó entre otros, que a raíz de la supresión de tramites, en adelante no era obligatorio el envío de las actas correspondientes a las reuniones del máximo órgano social ni de los balances de fin de ejercicio a los que se refería la norma antes citada, salvo cuando la entidad expresamente los requiriera, bien de manera general o particular.

Con posterioridad, el artículo 242 de la ley 222 de 1995, que introdujo substanciales modificaciones al Código de Comercio, relativas entre otras al régimen de Estados Financieros y competencia de esta Superintendencia, derogó de manera expresa el artículo 448 del Código de Comercio, quedando en consecuencia exoneradas las sociedades de la obligación que la norma citada les imponía, de suerte que en la actualidad la entidad solo conoce los estados financieros de las sociedades a las que ella en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley los solicita, lo que igual sucede con las actas de las reuniones del máximo órgano social y por supuesto con el proyecto de distribución de utilidades.

Lo anterior permite colegir que el propósito del legislador finalmente plasmado en la Ley, fue abolir esos requisitos que de alguna manera consultaban un criterio un tanto intervencionista del Estado en relación con las sociedades del sector real y en su lugar limitar la participación de la entidad encargada de ejercer sobre ellas inspección, vigilancia y control a los casos en que fuera estrictamente necesaria, buscando con ello que las mismas en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, en su formación y funcionamiento se adecuen a la ley y a los propios estatutos, pero prioritariamente con el ánimo de velar porque no se vean desprotegidos los intereses de los terceros, pues en este caso el interés de los asociados en cuanto concierne al derecho que les asiste de participar adecuadamente en las utilidades de la compañía, está suficientemente preservado entre otros, con las reglas establecidas en los artículos 149 y siguientes del Código de Comercio y ahora con mayores garantías, si se tiene en cuenta que en virtud de la modificación que la Ley 222 introdujo al artículo 155 del Código de Comercio, el legislador impuso una mayoría calificada, equivalente al 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios para repartir las utilidades líquidas del respectivo ejercicio social en un porcentaje inferior al 50%.

Acorde con lo expuesto es claro que la derogatoria del artículo 448 citado, trae consigo la improcedencia de la exigencia última a que alude el artículo 154 del Código de Comercio, sin perjuicio de la facultad que tiene esta Entidad dentro del margen de las funciones que le asigna la ley, de formular en relación con los Estados financieros que ella requiera y por ende con las reservas en general, las observaciones que considere pertinentes y pedir las explicaciones necesarias cuando estime que haya lugar, de manera tal que actualmente las reservas ocasionales pueden constituirse, siempre que se cumplan las condiciones que establecen los estatutos y la ley, sin que sea necesario para ello contar con la aceptación por parte de esta Entidad, a menos que por acto particular ella imparta instrucciones en sentido contrario."

En los anteriores términos espero hayan quedado absueltas sus inquietudes, no obstante advertir que el concepto expresado está sujeto a los alcances que determina el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo que no es obligatorio ni compromete la responsabilidad de este Despacho.